

SECRETARIA: A Despacho del señor Juez, para resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada dentro del proceso ejecutivo adelantado por BANCO DE OCCIDENTE contra ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A vocera del FIDEICOMISO FA-3142 PREVENTAS SIERRAS DEL NOGAL. Sírvase Proveer.
Cali, 27 de octubre de 2023
La Secretaria,

Sandra Arboleda Sánchez

Auto No.1530/2023-00005-00

JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO

Cali, octubre veintisiete (27) de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede a resolver el despacho el recurso de reposición formulado por la entidad demandada en contra del auto No.106 proferido el 30 de enero de 2023, mediante el cual se libró mandamiento ejecutivo dentro del presente proceso.

II. ANTECEDENTES

Mediante el auto objeto de recurso este despacho ordenó librar mandamiento de pago en favor de la entidad demandante y en contra de la demandada en la suma de \$3.388.844.483, por concepto de capital representado en el pagaré y los intereses de mora sobre dicho capital desde el 13 de octubre de 2022, hasta que se verifique el pago total de la obligación, además del decreto de medidas cautelares sobre los bienes del demandado solicitados por la parte actora.

Expone como sustento del recurso concretamente, las excepciones previas denominadas: 1.) *“ineptitud de demanda por falta de requisitos formales, 2.) ausencia de los requisitos del título, 3.) No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios - afectación de derechos de terceros, y 4.) no comprender a todos los litisconsortes - deudores del pagaré base de la ejecución.*

Fundamenta la excepción No. 1, de *“ineptitud de demanda por falta de requisitos formales”*, en esencia al considerar que no se indicó en el auto de mandamiento de pago el número de Nit que corresponde al demandado Patrimonio Autónomo FA-3142 FIDEICOMISO PREVENTAS SIERRAS DEL NOGAL - Nit. 805.012.921-0 cuya vocera y administradora es ACCION FIDUCIARIA S.A.; además de indicar que el correo mediante el cual se remitió el poder al mandatario de la entidad ejecutante, no daría cuenta del contenido del archivo por aparecer en formato “doc”, y el presentado lo fue en “pdf”.

En la misma excepción, también arguye que si bien en el acápite de cuantía de la demanda se señaló la suma de \$3.088.844.483, en la demanda se solicitó mandamiento por la suma de \$3.388.844.483, existiendo una diferencia e incoherencia planteada de \$300.000.000, que no solo repercute

en el valor del capital cobrado, sino que también en la eventual causación de intereses.

A su turno, propone la excepción No.2 de "ausencia de los requisitos del título", al afirmar en concreto que se evidencia en el pagaré base de la obligación, que el capital corresponde a la suma en pesos de \$4.417.822.976 con fecha de vencimiento el 12 de octubre de 2022 y, por otro lado, se observa en las pretensiones de la demanda, una suma diferente esto es, \$3.388.844.483, con la misma fecha de vencimiento. Coligiendo que "no existe claridad en el título base de la ejecución, pues el mismo fue firmado con espacios en blanco y con su respectiva carta de instrucciones, sin embargo, las sumas de dinero citadas anteriormente, no dan cuenta del requisito mencionado de claridad, pues difieren entre sí teniendo la misma fecha de exigibilidad y menos aún, se relaciona la estimación o la base con la cual se llegó a dicho saldo.."

Por otro lado, soporta la excepción previa No.3 de "No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios - afectación de derechos de terceros", en que atendiendo la finalidad del contrato de fiducia mercantil es mantener la titularidad jurídica de los bienes inmuebles donde se desarrolló el proyecto inmobiliario, administrar los recursos dinerarios puestos a éste por los Fideicomitentes o por los Beneficiarios de Área, éstos últimos mediante contratos de vinculación, y terminado el proyecto por el Fideicomitente Desarrollador transferir a título de beneficio en fiducia mercantil las unidades inmobiliarias resultantes del proyecto previa instrucción a los Beneficiarios de área, solicita la vinculación de los terceros que detentarían el bien en calidad de beneficiarios y actuales poseedores de los bienes.

A su vez, invoca la excepción No.4 de "No comprender a todos los litisconsortes -deudores del pagaré base de la ejecución", respecto de la totalidad de las personas que aparecen como firmantes del pagaré base de ejecución, y, que por tanto, se obligaron también frente al BANCO DE OCCIDENTE, relacionando los siguientes: "1. BUENAVISTA CONSTRUCTORA Y PROMOTORA S.A.S. - Nit. 805.029.384-1 2. GUILLERMO ALBERTO REYES SOLARTE - C.C. 16.740.074 3. GERMAN ALONSO POSADA RENGIFO - C.C. 19.450.344 4. MANUEL BERNARDO REYES SOLARTE - C.C. 16.656.579 5. ANTONIO JOSE REYES SOLARTE - C.C. 16.606.373 6. IVAN ENRIQUE BARRETO MARQUEZ - C.C. 79.122.171"

III. TRAMITE

Del recurso se surtió el corrió el traslado a la parte demandante de conformidad a lo dispuesto en la ley 2213 de 2022, ante la remisión de la parte recurrente a la parte demandante del recurso mediante de correo electrónico, manifestando la parte actora al descorrer el recurso, frente a la No.1 de "ineptitud de demanda por falta de requisitos formales" que la demanda si cumple con lo dispuesto en el

numeral 2° del artículo 82 del C.G del P, pues se indica plenamente el número de identificación tributaria del patrimonio autónomo vinculado al proceso, siendo claro que no se están persiguiendo bienes de la Sociedad Fiduciaria, como tampoco de activos de otros patrimonios, diferentes a los dados en garantía hipotecaria a favor de la entidad financiera acreedora, por la sociedad Acción Sociedad Fiduciaria S,.A en su condición de vocera del fideicomiso FA 4417, Sierras del Nogal lote 1, NIT 805.012.921-0 e igualmente como vocera del "Fideicomiso FA-3142 Preventas Sierras del Nogal Elite", con NIT No. 805.012.921-0.

En relación con la afirmación de no encontrarse debidamente acreditado el numeral 11 del artículo 82 del C.G del P, señala que el poder conferido por el Banco de Occidente fue remitido desde el correo electrónico registrado para notificaciones judiciales y que figura en el certificado de existencia y representación legal de dicha entidad, y dirigido al correo electrónico del abogado, registrado en el Registro Nacional de Abogados y, además, de identificar la clase de proceso para el cual se está otorgando el poder remitido, cumpliendo plenamente los requisitos exigidos para su validez, por el artículo 5° de la ley 2013 de 2022.

Respecto al valor de la pretensión relacionada en la demanda, indica que el valor correcto es la misma suma que se indica en el acápite denominado "cuantía", tanto en las letras como en los números, por valor de \$3.088.844.483, pero que debido a un error involuntario en la digitación en el literal a) de las pretensiones se repitió el número 3, indicándose erróneamente, como pretensión principal de pago, la suma de **\$3.388.844.483**. Por lo tanto, solicita se tenga como pretensión principal, por capital la suma de **\$3.088.844.483**, a la que hace referencia el literal a) de la demanda.

Sobre el argumento alegado por la parte demandada No.2 de *"ausencia de requisitos del título: incongruencia entre la carta de instrucciones y el pagaré base de la ejecución"*, se pronuncia la parte actora señalando que el día 12 de octubre de 2022, se diligenciaron los espacios en blanco del pagaré base de la ejecución, encontrándose vencidas las obligaciones a cargo de la parte demandada, por valor de \$4.417.822.976; que sin embargo, después de esta fecha, *"la obligación disminuyó seguramente por el pago de alguna prorrata a cargo de las unidades de apartamentos que conforman el edificio Sierras del Nogal Elite- Propiedad Horizontal, quedando un saldo por capital de \$3.088.844.483.oo m/cte, cuyo vencimiento sigue siendo el 12 de octubre de 2022, ya que cualquier pago posterior, efectuado por el adquiriente de alguna de las unidades privadas que conforman la comunidad residencial, para liberarla del gravamen hipotecario, no tiene la virtud de modificar la fecha de vencimiento del saldo adeudado"* (sic)

En lo concerniente a la excepción No.3 de *"No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios - afectación de derechos de terceros"*, pide que se desestime

teniendo en cuenta que en los certificados de tradición aportados al proceso, de cada uno de los inmuebles vinculados con la hipoteca inicial constituida por la entidad "Acción Sociedad Fiduciaria S.A" a favor del banco de Occidente, por medio de la Escritura Pública No. 3010 de 28 de diciembre de 2018 de la Notaría 14 del Círculo de Cali, no figura persona diferente, como titular del derecho de dominio, a la sociedad Fiduciaria demandada, como vocera del fideicomiso FA 4417, Sierras del Nogal lote 1, NIT 805.012.921-0 y Acción Sociedad Fiduciaria S.A, como vocera del "Fideicomiso FA-3142 Preventas Sierras del Nogal Elite", con NIT No. 805.012.921-0. Los que demuestran la legitimación en la causa por pasiva la tiene, única y exclusivamente, la entidad "Acción sociedad Fiduciaria S.A".

Finalmente, en relación a la excepción No.4 de "No comprender a todos los litisconsortes -deudores del pagaré base de la ejecución", arguye la parte actora que no le asiste la razón al recurrente porque las obligaciones solidarias a diferencia de las obligaciones conjuntas, legitiman al acreedor para exigir la totalidad del crédito a uno cualquiera de los deudores solidarios. (artículo 1568 inciso 2° del Código Civil); y por cuanto se está tramitando proceso ejecutivo con título hipotecario, que dispone que la acción debe dirigirse contra el actual propietario del inmueble hipotecado, es este caso la sociedad Fiduciaria demandada, como vocera del fideicomiso FA 4417, Sierras del Nogal lote 1, con NIT No.805.012.921-0 y como vocera del "Fideicomiso FA-3142 Preventas Sierras del Nogal Elite", con NIT No.805.012.921-0. Resalta que el Código de Procedimiento Civil permitía adelantar simultáneamente, tanto la acción real contra el garante hipotecario, como la acción personal contra todos los demás suscriptores del título valor, dentro de un proceso denominó "Proceso ejecutivo Mixto", pero que este desapareció del ordenamiento jurídico, al no ser tipificada nuevamente, de manera expresa, en el Código General del Proceso.

IV. CONSIDERACIONES

1. Es preciso indicar que frente a la excepción invocada por la pasiva de "*Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales*", procede en dos supuestos, entendidos como "la falta de requisitos formales" (por no cumplir con las formalidades de redacción art. 82, más los especiales que se consagran para algunos procesos en particular y art. 83 del C.G.P., y la falta de anexos art. 84 ibídem).

Así, establece el Código General del Proceso en el numeral 5 del artículo 100 que se puede proponer como excepción previa la ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales.

Ahora bien, descendiendo al proceso que nos ocupa, evidente resulta que la parte actora sí expresó en la demanda con claridad el número de Nit que corresponde al demandado Patrimonio Autónomo FA-3142 FIDEICOMISO PREVENTAS SIERRAS DEL NOGAL - Nit. 805.012.921-0 cuya vocera y administradora es

ACCION FIDUCIARIA S.A, sin que se advierta confusión alguna respecto de que los bienes perseguidos que son aquellos afectados con el gravamen hipotecario y que pertenecen exclusivamente al Patrimonio Autónomo FA-3142 FIDEICOMISO PREVENTAS SIERRAS DEL NOGAL - Nit. 805.012.921-0 sin que se persigan otros bienes pertenecientes a otros patrimonios autónomos administrados por la fiduciaria ACCIÓN FIDUCIARIA S.A, y si bien no se indicó en el mandamiento de pago el número de Nit como lo pretende el recurrente, no resulta indispensable en la orden de pago dado que la demanda cumple con los requisitos de claridad al respecto exigidos por el Art. 82 del CGP.

De igual manera, dentro de la misma excepción se plantea que el correo mediante el cual se remitió el poder al mandatario de la entidad ejecutante, no daría cuenta del contenido del archivo por aparecer en formato "doc", y el presentado lo fue en "pdf", por lo que debe traer a colación lo dispuesto en el art.5 de la ley 2213 de 2022 que consagra que los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento, por lo que resulta suficiente que la parte actora adjuntar constancia de la forma en que se generó o comunicó el mensaje desde el correo de la entidad demandante al correo electrónico del mandatario judicial, que en el presente caso corresponde al registrado para notificaciones judiciales en el certificado de existencia y representación legal de dicha entidad, y dirigido al correo electrónico del abogado, registrado en el Registro Nacional de Abogados, y que contiene el archivo de poder para proceso hipotecario, sin por ende, este llamada a prosperar esta excepción.

No obstante, en lo atinente al valor de la pretensión relacionada en la demanda y el indicado en el acápite de cuantía de la demanda, se tiene que tal inexactitud obedeció a un lapsus cáلامي del demandante, al momento de digitar en el literal a) de las pretensiones, siendo correcto el valor indicado en el inciso 1° del hecho primero de la demanda, en el que se precisó que la parte demandada adeuda, por capital, después de contabilizados los abonos realizados, la suma de TRES MIL OCHENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$3.088.844.483) por lo que, se procederá a aclarar el literal A. del numeral 1° del mandamiento de pago del 30 de enero de 2023, en tal sentido.

2. Frente a la excepción invocada por la pasiva *"ausencia de los requisitos del título"*, al afirmar que no existe claridad en el título base de la ejecución por cuanto en el pagaré se indica que el capital corresponde a la suma en pesos de 4.417.822.976 con fecha de vencimiento el 12 de octubre de 2022; sin embargo, se pide en la demanda como pretensión una suma diferente a la consignada en el pagaré con la misma fecha de vencimiento.

En ese orden de ideas, se debe señalar que si la obligación que se pretende cobrar consta en un título valor, éste debe cumplir todos los requisitos establecidos en la ley según el título de que se trate. Cuando el título cumple todas las exigencias legales, tal documento constituye la prueba de la existencia de la obligación (art. 625, 626 C. de Co.) y para exonerarse del pago de la obligación o parte de ella que conste en un título valor que llene todos los presupuestos legales, al demandado le corresponde probar satisfactoriamente que pago total o parcialmente, que la obligación frente a él no tiene vigencia, o que el título ya perdió su vigencia, o que no es obligado por no haberlo firmado o, en fin, otra circunstancia que frente a él torne ineficaz la obligación o el título, carga de la prueba que corresponde al excepcionante. (art. 167 del C.G.P.).

Así, la entidad bancaria pretende el recaudo del crédito incorporado en el pagaré presentado como título ejecutivo que cumple, a la luz del derecho cambiario, todos los requisitos de esta modalidad específica de título valor señalados en el art. 709 C. Co., pues contiene la promesa incondicional de pagar una suma determinada; el nombre de la entidad a la que debe hacerse el pago; la forma de vencimiento, y la indicación de ser pagadero a la orden. Cumple además con los dos requisitos necesarios para la existencia de todo título valor, como son la mención del derecho que en el título se incorpora, el derecho al pago de la suma ya mencionada, y la firma de su creador, es decir del deudor demandado quien promete pagar, como lo exige el art. 621 C. Co., destacándose que el hecho de que se pretenda la ejecución de una suma inferior a la plasmada en el título no conlleva al incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

En este sentido, memorase como lo cita el doctrinante Dr. Hernando Devis Echandía: *"siempre que se firme un papel en blanco o con espacios sin llenar, el reconocimiento de la firma, o el gozar ésta de presunción de autenticidad, hace presumir cierto el contenido, a pesar de que quien lo suscribió alegue que fue llenado de manera distinta de lo convenido (C. de P. C., Art. 270 [hoy 261 C.G.P.]); pero puede probarse contra lo escrito, mediante cualquier medio, inclusive testimonios, acreditando que la firma se estampó en esas condiciones y cuál era el convenio para llenar el texto, porque se trata de probar el hecho ilícito del abuso de confianza"*¹.

En este orden de ideas, conforme se cita en precedencia, no hay lugar a duda alguna, y si el obligado cambiario pretende redargüir contra el contenido de un título valor firmado con espacios en blanco, le compete a él demostrar contra la presunción de certeza de la literalidad del título. Por lo demás, adviértase que el título aportado como base de recaudo, reúne las exigencias de los artículos 621 y 709 del C. de Comercio y presta mérito ejecutivo porque

¹ DEVIS Echandía, Hernando, "Compendio de Derecho Procesal", tomo II, "Pruebas Judiciales", Medellín, Diké, 1994, 10ª ed., pág. 448, § 275.

así lo dispone el art.793 del C.Co., atendiendo que el pagaré presentado con la demanda fue signado efectivamente por el demandado en señal de conformidad o aceptación de la obligación relacionada en aquel documento, comprometiéndose a su pago en la fecha estipulada y a favor de la entidad ejecutante.

3. Por otro lado, en relación con la excepciones previas de *"No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios - afectación de derechos de terceros"* y *"No comprender a todos los litisconsortes - deudores del pagaré base de la ejecución"*, se debe precisar que existe litisconsorcio necesario cuando varias personas deben obligatoriamente comparecer al proceso en calidad de demandantes o demandados, por ser requisito necesario para adelantar válidamente el proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 61 del C.G.P.

Sin embargo, tratándose de un proceso ejecutivo hipotecario como el que nos ocupa la vinculación solo resulta procedente por la calidad de propietario inscrito de los inmuebles objeto de garantía hipotecaria, tal como lo consagra el artículo 468 del C.G.P. inciso 3° del numeral 1°, que exige como requisito que la demanda deba dirigirse contra el actual propietario del inmueble, cuando el acreedor persigue el pago de una obligación en dinero con el producto de un bien gravado con hipoteca, sin que exista un litisconsorte necesario, pues se itera, se debe dirigir la acción hipotecaria de manera exclusiva al actual propietario en el proceso para la efectividad de la garantía real y no frente a quienes tengan la tenencia o posesión de los bienes. Aunado a lo dispuesto en el artículo 2452 del Código Civil consagra en favor del acreedor hipotecario el derecho de perseguir el bien hipotecado *"sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido"*.

Así mismo, se debe precisar que frente a los demás deudores que firmaron el pagaré, *el acreedor cuenta con la acción personal originada en el crédito exigible, y tal como lo arguye la parte demandante al descorrer el traslado del recurso, tratándose de obligaciones solidarias legitiman al acreedor para exigir la totalidad del crédito a uno cualquiera de los deudores solidarios al tenor de lo dispuesto en el artículo 1568 inciso 2° del Código Civil.*

Sobre el particular, se trae a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-192 de 1996, en la que se precisa que el acreedor hipotecario tiene en su haber la acción personal contra el deudor, y la acción real contra el actual propietario del bien hipotecado. Precizando que:

"El acreedor hipotecario tiene dos acciones, cuando el crédito garantizado con la hipoteca se hace exigible, para cobrarlo judicialmente: una acción personal, originada en el derecho de crédito, contra el deudor de éste; otra, real, nacida de la hipoteca, contra el dueño del bien hipotecado. Hay que distinguir, según sea el dueño del bien hipotecado el

mismo deudor o un tercero. En el primer caso, podrá ejercer contra ese deudor que es al mismo tiempo el dueño actual de la cosa hipotecada, la acción real solamente, o ésta y la acción personal. En el segundo caso, contra el actual dueño sólo podrá ejercer la acción real nacida de la hipoteca; y contra el deudor, sólo la acción personal originada en el crédito exigible. Y si quiere ejercerlas ambas en el mismo proceso, contra el dueño actual del bien hipotecado y contra el deudor, podrá hacerlo, pero se seguirá el procedimiento del proceso ejecutivo singular, como lo prevé el último inciso del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil."

Así las cosas, se colige que no prospera el recurso de reposición propuesto por la entidad demandada como en efecto se declarará.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali,

RESUELVE:

1. No reponer el auto de mandamiento de pago No. 106 proferido el 30 de enero de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

2. ACLARAR el literal A. del numeral 1° del mandamiento de pago del 30 de enero de 2023, en el sentido de se librar mandamiento de pago a favor del BANCO DE OCCIDENTE contra la ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera del FIDEICOMISO FA-3142 PREVENTAS SIERRAS DEL NOGAL, por la siguiente suma de dinero: A. \$3.088.844.483 por concepto de capital representado en el pagaré de enero de 2019 anexo en la demanda.

Notifíquese,
El Juez,

Nelson Osorio Guamanga

Apsc/2023-00005-00

JUZGADO 11 CIVIL DEL CIRCUITO
SECRETARIA

En Estado No. 180 de hoy se notifica a las partes el auto anterior.

Fecha: 30 de Octubre de 2023

La Secretaria

Firmado Por:
Nelson Osorio Guamanga
Juez Circuito
Juzgado De Circuito

Civil 011
Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **766e1cefa611809d10997ebbf1e7c15f82d9aa58f818e524f0a190e4baad6b6**

Documento generado en 27/10/2023 04:25:05 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>